XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

SISTEMA CARCERARIO BRASILEÑO: EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO FRENTE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Luiz Otávio Braga Paulon
Amanda Daniela Benfica Paulon

Resumo

A presente pesquisa abordará o sistema carcerário brasileiro sob a ótica das constantes violações dos direitos dos encarcerados. Apresentar-se-á, no contexto do atual sistema carcerário, discussões sobre as finalidades das pena, os direitos e garantias dos presos no ordenamento jurídico interno, a imposição da responsabilidade civil do Estado em decisões judiciais, bem como uma análise do chamado "Estado de Coisas Inconstitucional". O grande objetivo da pesquisa é responder ao questionamento se a declaração, pelo STF, do Estado de Coisas Inconstitucional, pode cessar as constantes violações de direitos que ocorrem dentro do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro, Responsabilidade civil do estado, Estado de coisas inconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

La presente investigación abordará el sistema carcelario brasileño bajo la óptica de las constantes violaciones de los derechos de los encarcelados. Se presentará, en el contexto carcelario, discusiones sobre las finalidades de la pena, los derechos y garantías de los presos en el ordenamiento jurídico, la imposición de la responsabilidad civil del Estado en decisiones judiciales, así como un análisis del llamado "Estado de Cosas Inconstitucionales. El gran objetivo de la investigación es responder al cuestionamiento si la declaración, por el STF, del Estado de Cosas Inconstitucionales, puede cesar las constantes violaciones de derechos que ocurren dentro del sistema penitenciario brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sistema carcelario brasileño, Responsabilidad civil del estado, Estado de cosas inconstitucional

1. INTRODUÇÃO

Diante dos problemas socioeconômicos do Estado, bem como a falta de políticas públicas eficientes que inibam o crescimento da criminalidade, verifica-se um sistema carcerário falido, sem infraestrutura adequada, e longe de garantir a ressocialização dos indivíduos que ali cumprem suas penas.

A sociedade cada vez mais sedenta por segurança, clama por penas mais severas, fazendo com que se ganhe força o chamado direito penal simbólico, em que a efetividade é deixada em um segundo plano.

O aumento da criminalidade demonstra que existe um grave problema nas políticas públicas de prevenção a criminalidade, bem como fica claro que diante de tantas atrocidades no cárcere brasileiro, não há uma execução de pena digna a ressocializar o criminoso.

Segundo o ministro Marco Aurélio:

> 'Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males', disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual."(STF).

Mas o que fazer diante de um sistema penal falido, em que não se cumpre com efetividade as suas finalidades?

Em alguns casos o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões aplicando a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista não cumprir com o seu dever de tutela de preservar a dignidade dos presos.

No entanto, as indenizações individuais decorrentes dessa responsabilidade civil do Estado em virtude da não preservação da dignidade do preso, em um primeiro momento, afeta indivíduos isoladamente que moveram ações contra o Estado, sem resolver o problema do cárcere brasileiro, já que atinge milhares de indivíduos nas mesmas condições.

Diante desse cenário, foi ajuizada a ADPF 347 pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) pedindo que o STF declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Foi requerido na ação que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos. A ADPF tem

como pedido que o STF reconheça a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" e que ele expeça algumas ordens para tentar resolver a situação do cárcere Brasileiro.

O mérito da ADPF ainda não foi julgado, sendo concedida apenas liminar ao caso.

Pretende-se aferir com essa pesquisa se a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional seria medida satisfatória para resolver os inúmeros problemas do sistema carcerário no Brasil. Para tanto, o estudo funda-se em uma abordagem teórica realizada através de doutrinas, artigos, revistas e jurisprudências acerca do tema.

2. SISTEMA PENAL BRASILEIRO: O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A FALÊNCIA DO SISTEMA

No ordenamento jurídico brasileiro cabe ao Estado o poder punitivo, o qual será aplicado após um processo penal pautado nos princípios do contraditório e da ampla defesa. De acordo com Aury LOPES JR. (2017, p. 34) "a pena será pronunciada por um juiz imparcial com poderes juridicamente limitados". O autor ainda remete a ideia do surgimento da titularidade da pena: "[...] A titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça."

Desta feita, o sistema penal brasileiro é pautado em critérios jurídicos para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos na atividade de criminalização, que segundo MASSON (2017, p. 06), ocorre de duas formas: uma através da criminalização primaria, em que é sancionada uma lei definindo crime e pena; e uma segunda através da criminalização secundária, que consiste na persecução penal realizada pelo Estado contra o indivíduo infrator, com a finalidade de aplicação de pena.

Desta forma, a Constituição Federal, em seu artigo 5°, inciso XLVI, elencou as penas que poderão ser adotadas:

> Art. 5º [...]
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;

Sendo que coube ao Código Penal regulamentar em seu artigo 32 as espécies de pena, sendo elas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

Verifica-se que as penas elencadas não devem ferir a integridade e a dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988, com o intuito de garantir esses valores essenciais aos indivíduos, proibiu algumas espécies de pena, senão vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;

Desta feita, verifica-se que a Constituição assegura que o Estado aplique penas ao indivíduo infrator, mas que sobretudo, preserve sua dignidade. Assim, a aplicação das penas têm como finalidade a reprovação e a prevenção de crimes. Corroborando com tal entendimento, explica Rogério Greco que:

> Nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. (GRECO, 2017, p. 197).

Contudo, ao se observar o contexto social, percebe-se que a finalidade da pena, por vezes, não é alcançada. A finalidade da prevenção não se demonstra capaz de prevenir futuras infrações penais, sendo até o momento, na maior parte das vezes, ineficaz.

Isso, porque, a prevenção é explicada pela teoria relativa dentro de dois enfoques: a prevenção geral e a prevenção especial. A prevenção geral, segundo Rogerio Greco (2017, p. 198), se divide em negativa e positiva. A prevenção geral negativa tem como objetivo fazer com que outros indivíduos não pratiquem infrações penais, a exemplo da condenação aplicada em um de seus pares. E quanto ao seu caráter positivo, tem como objetivo, ainda segundo o autor, "infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores."

Mesmo com tal cenário, verifica-se a existência de condenações com penas expressivas e que não produzem a diminuição da criminalidade, mas ao contrário, tem-se a sensação de que a criminalidade avança cada vez mais por todos os setores da sociedade, sejam em crimes contra a vida, contra o patrimônio, ou contra a administração pública.

Quanto à prevenção especial, segundo Rogério Greco, também poderá ser concebida tanto no seu viés negativo, quanto no positivo. No que tange ao caráter negativo, tem-se a neutralização do indivíduo infrator com sua retirada da sociedade por meio da aplicação da pena privativa de liberdade. Já no seu caráter positivo, tem-se a ideia que o infrator desista de cometer novos delitos, demonstrando o caráter ressocializador da pena.

Seguindo a mesma linha de pensamento, expõe Juarez Cirino dos Santos que:

> A função de prevenção especial da pena criminal, dominante nos séculos 19 e 20, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal - os chamados ortopedistas da moral, na concepção de FOUCAULT -, com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado (art. 1°, LEP). A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário - segundo outra fórmula antiga: punitur, ne peccetur. (SANTOS, 2014, p. 428)

Não é raro ser noticiado a prática de crimes por indivíduos que já cumpriram suas penas ou que ainda as cumpre em regime de liberdade. Assim, o sistema penal se demonstra falho, o que acarreta o aumento da criminalidade, que consequentemente, reflete na população prisional.

O ministro Ricardo Lewandowski, falando sobre as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, relata dados relevantes sobre a população prisional ao expor que:

> Segundo informações de junho de 2014, o Brasil mantém sob custódia mais de 607.000 pessoas, sendo 41% delas ainda sem condenação definitiva. No período de 1990 a 2014, o aumento da população prisional foi de 575%, o que demonstra a curva ascendente do encarceramento no Brasil, seguindo tendência mundial sinalizada desde o início dos anos 1980. (BRASL, 2016, p. 09).

Nesse sentido, Bitencourt pontua que:

> Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar o os valores negativos do condenado. (BITENCOURT, 2011, p.168)

Diante desse cenário de aumento da população prisional, em diversos momentos é verificado violações aos direitos do preso assegurados no ordenamento jurídico interno e internacional.

3. OS DIREITOS E GARANTIAS DA PESSOA EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

A Constituição de 1988 tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, insculpido em seu artigo 1°, inciso III, fazendo com que todo o ordenamento brasileiro se paute nesse fundamento, garantindo a todas as pessoas que a sua dignidade seja preservada.

Segundo Marcelo Novelino a dignidade atua como princípio que tem como núcleo o mínimo existencial. Afirma, ainda, que a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil possui tripla dimensão normativa, a saber:

> A partir de tais considerações é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, possui uma tripla dimensão normativa. Isso significa que, por meio da interpretação do dispositivo constitucional que a consagra (CF, art. 1. 0, III), é possível extrair três distintas espécies de normas:17 I) uma metanorma, que atua como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas. A atuação como elemento informador do desenvolvimento do conteúdo da Constituição faz da dignidade uma importante diretriz hermenêutica, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento jurídico. Mesmo quando possível o recurso a um direito fundamental específico, ela deve ser considerada como parâmetro valorativo; II) um princípio, que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e de promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna; e, III) uma regra, a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando este tratamento for expressão do desprezo pelo ser humano. (NOVELINO, 2017, p. 254)

O autor ainda apresenta a dignidade com relação de dependência com os direitos fundamentais:

> relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida . (NOVELINO, 2017, p. 254)

Assim, a dignidade da pessoa humana assegura a todos os indivíduos, e inclusive aos presos, um núcleo mínimo existencial, na medida em que fundamenta a existência de diversos outros direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 prevê outros direitos aos apenados, visando garantir o núcleo mínimo existencial, aos quais devem ser destacar alguns dos mais relevantes no que tange a fase de execução da pena.

Rodrigo Duque Estrada Roig aduz que o elenco de direitos e garantias tem seu fundamento na Constituição de 1988:

> [...], o mais rico elenco de direitos e garantias das pessoas presas encontra-se na própria Constituição da República, notadamente em seu art. 5º, norma esta que não foi reservada apenas aos indivíduos em liberdade, mas dispensada a todos, indistintamente. (ROIG, 2018, p. 70)

O princípio da individualização das penas consagrado pela Constituição de 1988 em seu art. 5°, inciso XLVI, segundo NOVELINO (2017, p. 395), traz o mandamento que "as sanções penais sejam fixadas, aplicadas e executadas de modo justo e proporcional", assim a individualização da pena deve ocorrer nos três planos, legislativo, judiciário e no da execução das penas".

Com efeito, o mencionado princípio deve ser respeitado em todas as fases em que ocorre a persecução penal, porque serve a preservação do núcleo mínimo de direitos do condenado, seja na fase de fixação, aplicação e/ou execução da pena.

Na fase de execução a individualização é tão relevante como nas demais etapas porque preserva a integridade do condenado e sua própria individualidade como pessoa, na medida que em alguns casos como ocorre com condenados do sexo feminino, existem certas peculiaridades inerentes a condição do sexo que devem ser observadas pelo Estado.

Nesse sentido, assim leciona Marcelo Novelino:

> No plano executório, impõe-se no momento da execução penal quando, após o trânsito em julgado da condenação, será definido o estabelecimento prisional do cumprimento, tendo em conta a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (CF, art. 5. 0, XLVIII), assim como seu comportamento. A despeito da diferenciação constitucionalmente determinada com base em elementos objetivos (natureza do delito) e subjetivos (idade e sexo do apenado), dentro do sistema carcerário brasileiro a classificação dos presos se resume a diferenciá-los quanto ao gênero e, em parte dos Estados-membros, quanto à organização criminosa a qual pertencem. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres devem ser dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos (Lei 9.046/1995). (NOVELINO, 2017, p. 395).

Não são raros os casos em que se verifica no sistema carcerário brasileiro violação ao princípio da individualização da pena, tendo em vista a falta de estrutura e vagas pelos quais passam os nossos presídios.

Tais violações comumente são alvo de decisões pelo poder judiciário no afã de garantir o núcleo mínimo de direitos aos condenados.

Recentemente foi editada a Súmula Vinculante nº 56 pelo Superior Tribunal Federal, com a finalidade de preservar o princípio da individualização das penas, expondo que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime

prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

No presente contexto carcerário, a falta de vagas é realidade cotidiana, o que acaba por impactar no sistema progressivo das penas. A citada Súmula Vinculante foi importante decisão amenizar a situação de superlotação do sistema carcerário.

Corroborando com tal entendimento, leciona Bernardo Gonçalves Fernandes que:

> conforme recente decisão do STF no RE 641320/RS, presente no Informativo 825, a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Certo é que em nosso ordenamento jurídico, adota-se o sistema progressivo no que tange às penas. Nesses termos, de acordo com o Código Penal e com a Lei de Execuções Penais (LEP), as penas privativas de liberdade deverão ser executadas (cumpridas) em forma progressiva, com a transferência do apenado de regime mais gravoso para menos gravoso tão logo ele preencha os requisitos legais. Acontece que nas palavras do STF, temos que esse sistema progressivo de cumprimento de penas não vem funcionando na prática de forma satisfatória. Isso porque há falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto. Assim sendo, os presos dos referidos regimes estão sendo mantidos no mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado e provisórios. Para o STF essa situação viola duas garantias constitucionais da mais alta relevância: a) a individualização da pena (art. 5°, XLVI) e; b) a legalidade (art. 5°, XXXIX). Portanto, a manutenção do condenado em regime mais gravoso do que é devido caracteriza-se como "excesso de execução", ocorrendo violação ao direito do apenado. Aqui é importante dizer também, que não seria possível "relativizar" esse direito do condenado com base em argumentos ligados à manutenção da segurança pública.” (FERNANDES, 2017, p. 544)

Desta feita, para preservar o direito a individualização da pena do condenado, o STF fixou certos parâmetros os quais devem ser observados em situações em que o preso estivesse frente a ausência de estabelecimento adequado para o cumprimento de sua pena.

Bernardo Gonçalves elucida o cenário frente ao julgamento do STF:

> o STF assentou, assim, em sede de repercussão geral, o entendimento de que: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autorizaria a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderiam avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. E que seriam aceitáveis estabelecimentos que não se qualificassem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, §1°, "b" e "c"); c) havendo "déficit" de vagas, deveria ser determinada: i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; 2) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que saísse antecipadamente ou fosse posto em prisão domiciliar por falta de vagas; 3) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto. (FERNANDES, 2017, p. 545)

Bernardo Gonçalves (2017) explica que o STF deliberou ainda no RE 641.320/RS que algumas providencias fossem realizadas pelo CNJ para viabilizar a manutenção da individualização das penas, entendendo ser possível a prisão domiciliar até a estruturação das medidas impostas.

Como vimos, a dignidade da pessoa humana exige que alguns direitos existam para que ela seja preservada, assim o princípio da humanidade das penas decorre da dignidade da pessoa humana com a finalidade de preserva-la. Desta feita, a constituição de 1988 prevê expressamente a proibição de algumas práticas punitivas que seriam capazes de ferir a integridade física, psíquica e moral dos apenados e consequentemente violaria a sua dignidade.

Marcelo Novelino leciona,

> A Constituição de 1988, após estabelecer um rol aberto de sanções penais a serem legalmente impostas (art. 5. º, XLVI}, consagrou o princípio da humanidade das sanções criminais ao vedar a imposição de penas de morte, salvo no caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis (art. 5.º, XLVII). Tal vedação decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), harmonizando-se com a proibição de tratamentos desumanos e degradantes (CF, art. 5. º, III) e com o dever de respeito à integridade física e moral dos presos. (NOVELINO, 2017, p. 398)

Por fim, a Constituição da República de 1988, art. 5, inciso XLIX, assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral, de tal direito decorre o dever especifico de proteção do Estado frente aos detentos.

Contudo, o estado diante das mazelas presentes no sistema carcerário, por vezes, não consegue efetivar esse dever de proteção, sendo consequentemente demandado e condenado a responsabilidade civil pela violação da integridade física e moral dos detentos.

Bernardo Gonçalves ao tratar do assunto relata casos específicos recentes em que alguns presídios tiveram massacres nos quais culminaram na morte de presos, senão vejamos:

> Aqui temos que em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5°, inciso XLIX, da CR/88, o Estado é responsável pela morte de detento. É importante lembrarmos do caos que se encontra o sistema penitenciário nacional. Em apenas 15 dias do mês de janeiro de 2017 foram 138 presos mortos em massacres em Manaus-AM (64 mortos), Boa Vista-RR (33 mortos) e Natal-RN (26 mortos). (FERNANDES, 2017, p. 546).

A responsabilidade civil do estado será abordada em capitulo próprio, restando, por ora, somente a balizar quanto à violação do direito a integridade dos detentos.

No arcabouço jurídico, em matéria de execução penal, temos no Brasil como principal diploma a Lei 7.210 de 1984, que disciplina como deverá ocorrer a execução da pena.

A lei de execução penal dispõe em seu artigo 41 sobre os direitos do preso, mas importante ressalvar que tal rol é meramente exemplificativo, tendo em vista que a própria legislação dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Senão vejamos, nas palavras de Norbeto Avena:

> LEP estipula o rol de direitos do preso. Evidentemente, esta relação é meramente exemplificativa. Na medida em que o art. 3º da LEP determina que "ao condenado e

> ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei", é certo que o preso tem direito a tudo aquilo que não lhe for restrito perante sua condição de segregado. (AVENA, 2018, p. 85)

Rodrigo Duque assevera também sobre a garantia a todos os direitos não atingidos pela sentença, ressaltando que estes permaneceram intocáveis em especial, elencados pelo art. 41 da LEP:

> A Lei de Execução Penal estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º). Semelhante norma é encontrada no Código Penal, ao prever que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). Estes dois dispositivos se conectam diretamente com a previsão legal de que haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares (art. 185 da LEP). As normas contidas nos arts. 3º da LEP e 38 do CP revelam que a penalização tem um limite bastante claro: os direitos das pessoas presas. Tais normas são derivações lógicas do princípio da legalidade (ou "princípio de reserva") e demonstram que os efeitos da condenação penal devem se circunscrever apenas aos gravames legais ou judiciais afetos à liberdade ambulatorial, descabendo quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado102. São derivações também do princípio *ne bis in idem*, considerando que o condenado não pode, a um só tempo e pelo mesmo fato, perder sua liberdade e outros direitos a ela não diretamente relacionados. Sob a égide destas regras, toda a legislação penal deve ser interpretada. Assim sendo, a despeito da condenação criminal, permanecem intocáveis os direitos da pessoa presa, em especial aqueles trazidos pelo art. 41 da LEP ("indicados com clareza e precisão a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos", conforme preceitua o item 75 da Exposição de Motivos da LEP). (ROIG, 2018, p. 63).

Em comunhão com todos os direitos e garantias presentes no ordenamento jurídico brasileiro, temos um rol amplo de direitos e garantias que são apresentados no sistema internacional e que por meio de tratados e convenções ratificados pelo nosso país passam a integrar o nosso arcabouço jurídico.

Importante documento internacional na seara de direitos dos presos se trata das Regras de Mandela, instrumento que fornece orientações para prestigiar a dignidade das pessoas no carcere, orientando sobre os direitos a eles pertinentes.

O Ministro Ricardo Lewandowski explica sobre o processo de desenvolvimento histórico em que culminaram na elaboração das Regras de Mandela:

> Ao longo de 55 anos, os Estados usaram as "Regras Mínimas para o Tratamento de Presos" como um guia para estruturar sua Justiça e sistemas penais. Ocorre que essas regras nunca tinham passado por revisão até o ano passado, quando, finalmente, em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela. O novo Estatuto levou em consideração instrumentos internacionais vigentes no país, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e

> Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo. (BRASIL, 2016, p. 6).

O Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 10) ainda conclui que apesar da participação ativa do Governo Brasileiro na elaboração e aprovação das Regras Mínimas, ainda não é possível observar a normativa repercutida em políticas públicas, bem como que "As Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira."

Desta feita, verificamos que o ordenamento jurídico é uníssono em garantir aos condenados direitos que preservam a dignidade da pessoa humana, bem como possui normativas capazes de transformar o atual sistema carcerário através da efetivação de políticas públicas.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como já asseverado, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5°, inciso XLIX, assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral.

Desse direito decorre o dever do Estado de garantir que os presos tenham assegurado a sua integridade, tanto física, quanto a moral.

Diante de um sistema carcerário falido, em que se enfrenta a superlotação, diversos outros problemas como a falta de funcionários, verbas e infraestrutura, fazem com que a integridade dos apenados sejam violadas.

Diante dessas violações, o Judiciário se depara cada vez mais com ações que visam indenizações em virtude das violações ocorridas no cárcere.

O STF, por sua vez, vem declarando o Estado responsável nos casos de morte de detento e de condições precárias do cárcere em descumprimento ao dever específico de tutela previsto no art. 5°, inciso XLIX, da CR/88.

A responsabilidade civil do Estado é baseada na teoria do risco administrativo. Desta feita, a responsabilidade civil do Estado não é genérica e indeterminada, possuindo certos limites, o que ocasiona que nem sempre o Estado será responsabilizado.

José dos Santos Carvalho Filho, aduz sobre a teoria do risco administrativo com as seguintes palavras:

> No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 582)

Assim, houve repercussão geral quanto a matéria de responsabilidade civil do Estado por morte de detento, no RE 841526, que assentou a tese de que: "em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento."

Nesse RE 841526, o estado não conseguiu comprovar a quebra do nexo de causalidade entre a morte do detento e o dever específico de tutela que o Estado possui. Senão vejamos a ementa:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.
> 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.
> 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).
> 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
> 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.
> 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.
> 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.
> 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.
> 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.
> 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.
> (Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016).

Outro caso em que houve a condenação do Estado pelo Supremo Tribunal Federal, com a fixação de tese de repercussão geral, foi quando a pessoa que se encontre presa em situação degradante:

> Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

Nesses casos, o STF já decidiu, e inclusive firmou tese de repercussão geral, condenando o Estado como responsável objetivamente aos danos causados ao preso em virtude da violação do dever específico de tutela.

5. ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Segundo Bernardo Gonçalves (2017, 1590), o Estado de Coisas Inconstitucional é uma teoria desenvolvida e aplicada pela Corte Constitucional da Colômbia, e vem sendo trabalhada no Brasil pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, tendo sido objeto da ADPF n. 347 perante o STF.

Campos define o Estado de Coisas Inconstitucional como

> [...] técnica de decisão por meio de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgão e autoridades a formularem e implementarem politicas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p.21)

A ADPF n. 347 postulou a adoção de providências estruturais relativas ao sistema carcerário brasileiro com o objetivo de sanar lesões decorrentes de ações e omissões da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Marcelo Novelino, ao tratar sobre o tema, aduz que deverão ser apontados três pressupostos centrais para a configuração do estado de coisas inconstitucional: 1- o pressuposto fático incumbido de demonstrar a ocorrência de violação generalizada de direitos fundamentais; 2- o pressuposto político sendo caracterizado por condutas omissivas das autoridades públicas; 3- e, por fim, o pressuposto jurídico que são as medidas necessárias aptas a superar as violações ocorridas. Nas palavras de Novelino:

> O pressuposto fático consiste na ocorrência de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais a afetar um número elevado, e indeterminado de pessoas. A atuação judicial, nesse ambiente, se voltada a assegurar o direito apenas de determinados indivíduos ou grupos implicaria em proteção deficiente dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva. O pressuposto político é a constatação da existência de reiteradas condutas comissivas e omissivas, por parte das autoridades públicas, tendentes a perpetuar ou agravar o quadro de inconstitucionalidade. A ausência de políticas públicas adequadas ou a falta de coordenação entre elas resulta não da inércia ou incapacidade de um único órgão, e sim de falhas estruturais na atuação do Estado como um todo. O pressuposto jurídico refere-se às medidas necessárias à superação de tais violações. A correção do mau funcionamento sistêmico do Estado depende da atuação conjunta das autoridades no sentido de aprimorar as políticas públicas existentes, realocar recursos orçamentários e reajustar os arranjos institucionais. Tal contexto Legitima a atuação mais engajada do tribunal constitucional, de modo a permitir a superação dos desacordos políticos e institucionais, da falta de coordenação entre órgãos públicos, dos temores relacionados ao custo político de determinadas decisões e da sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (NOVELINO, 2016, p. 162).

Aduz ainda o autor (2016, p. 162) que se o estado de coisas inconstitucional for caracterizado, deverá ser imposto medidas estruturais, assim, "tais providências consistem em determinações judiciais voltadas ao redimensionamento dos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, a fim de viabilizar melhor coordenação estrutural".

Nesse sentido, explica Campos que, além de defender os direitos fundamentais, a Corte colombiana proferiu ordens dirigidas a diversas instituições visando superar o problema da superlotação carcerária:

> 1- Ordenou fossem notificados o ECI os Presidentes da República, do Senado, das Câmara, da Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, das Turmas Administrativas e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, o Fiscal Geral da Nação, os Presidentes das Assembleias dos Departamentos e dos Conselhos Municipais;
> 2- Ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração, dentro de três meses, de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias de modo a assegurar condições dignas aos presos, bem como a direção da realização total do plano que deveria se dar no prazo máximo de quatro anos;
> 3- Determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários e demais medidas necessárias à execução do aludido plano;
> 4- Incumbiu a defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação de supervisionarem essa execução;
> 5- Ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC que promovesse, no prazo máximo de 4 anos, a separação total dos presos provisórios daqueles já condenados;
> 6- Ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC e aos Ministérios da Justiça e do Direito e da Fazenda e tomada de providências necessárias para solucionar a carência de pessoa especializado nas prisões;
> 7- Ordenou aos Governadores, Prefeitos e Presidentes das Assembleias Dos Departamentos e Conselhos Municipais que cumprissem com a obrigação de criar e manter presídios próprios;
> 8- Por fim, ordenou ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa do país, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, enquanto estivesse

> andamento as obras públicas determinadas, “tomassem as medidas necessárias para assegurar a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de reclusão do país”. (CAMPOS, 2016, p. 131-132)

Alguns autores trabalham a ideia da existência de um litígio estrutural em que vários atores estão envolvidos na solução do problema as quais demanda várias ações para implementação de políticas públicas dentre outras medidas necessárias para superar o estado inconstitucional.

FARIA e ALMEIDA (2016, p. 7) trabalham a ideia da existência de um litígio estrutural, em que o poder judiciário atua de forma a estabelecer metas e prazos com diferentes envolvidos. Trata-se de um tipo de litígio estrutural, na qual se requer que o Judiciário assuma um papel distinto do que o tradicionalmente exercido em conflitos bilaterais, onde a vitória de um é a perda do outro. Nestes chamados litígios estruturais em casos complexos, como os que envolvem políticas públicas, o Judiciário tem sido instado a se pronunciar de forma a compor uma solução aceitável entre diferentes atores e acompanhar o desenrolar desse compromisso, estabelecendo metas e prazos para uma determinada atuação.

Bernardo Gonçalves também aduz sobre o tema

> [...] se encontra diante da figura do "litígio estrutura/", que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. E para enfrentar litígio dessa magnitude, juízes constitucionais devem fixar "remédios estruturais", voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas (tradicionais). Assim sendo, ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. (FERNANDES, 2017, p. 1590).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu liminarmente que o sistema carcerário brasileiro realmente viola de forma generalizada os direitos fundamentais dos presos conforme preceitua Bernardo Gonçalves:

> O STF decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e deferiu apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN4<>.1). Conforme o informativo 798, que explicita a decisão cautelar da ADPF n°347, o Plenário do STF reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas. Afirmou ainda que os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em "monstros do crime". Nesse sentido, a prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. (FERNADES, 2017, p. 1591-1592)

O STF entendeu ainda que a responsabilidade da situação dos presídios deve ser atribuída aos três poderes, da União, estados membros e Distrito federal, nesse sentido aduz Bernardo Gonçalves:

> Nesses termos, entendeu o STF, na esteira da tese do estado de coisas inconstitucional que a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. (FERNANDES, 2017, p. 1592).

Ainda, sobre o tema o autor explica que o STF entendeu que não se deve substituir o papel dos demais poderes, sendo vigente no nosso ordenamento a figura do princípio da separação de poderes.

Porém, aqui, é bom que se diga que o plenário do STF entendeu que não cabe ao Tribunal substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. 1593

O STF ainda não visitou o mérito da ADPF 347, tendo apenas deferido a liminar na ação. Existem críticas quanto a declaração do estado inconstitucional das coisas, principalmente pela atuação do STF que poderia ferir o princípio da separação dos poderes, bem como pelo modelo não ter logrado êxito no Estado colombiano, podendo culminar apenas em um direito simbólico.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 134) explica o resultado da adoção da teoria na Colômbia ao dizer que “a Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas.”

Assim, o Estado de Coisa Inconstitucional encontra berço no nosso ordenamento, na medida em que existem incontáveis violações aos direitos dos presos no contexto carcerário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que o Constituinte originário elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III da CR/88, resta consignado que todo o ordenamento deve se pautar por esse princípio. Assim, as atividades estatais devem estar fundadas sobre a dignidade da pessoa humana, seja na atividade legislativa, executiva ou judiciária.

O atual arcabouço jurídico garante a pessoa em situação de cárcere uma série de direitos que visam a garantir sua dignidade, porém, no contexto fático, poucos desses direitos são efetivados em sua íntegra, consequência até mesmo lógica da falta de infraestrutura, de funcionários e de políticas públicas.

As violações em massa de uma série dos direitos garantidos pela Constituição e pelas legislações infraconstitucionais aos encarcerados configuram o chamado Estado de Coisas Inconstitucional.

São abundantes as decisões de imposição da responsabilidade civil do Estado em decorrência da violação dos direitos das pessoas em situação de cárcere, seja pela morte de presos, seja pela condição degradante em que muitos se encontram.

O Supremo Tribunal Federal poderá declarar em sede de mérito da ADPF 347 o Estado de Coisas Inconstitucional, mas visando ter mais sucesso que o paradigmático caso colombiano, é necessário que os três poderes, a saber, o Executivo, o Legislativo e Judiciário potencializem esforços visando a solução de tal problema que não se limita a atuação de um único Poder.

O Estado de Coisas Inconstitucional pode se tornar um importante meio para pôr fim às constantes violações de direitos impostos aos encarcerados, mas só será eficiente se houver respeito ao princípio da separação de poderes, e caso a solução envolva a participação de todos os Poderes.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto; **Execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos /Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 1 ed. Salvador: Ed. JusPODIVIM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIA, Adriana Ancona de; ALMEIDA, ELOÍSA, Machado de. Responsabilidade do Estado. *In*: **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 25 jul-agos. Editora: Revista dos Tribuanis LTDA, 2016, p. 141-159.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional** . 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado / Rogério Greco. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos; **Direito Penal**: parte geral. 6 ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600. Acesso em: 08 abr. 2019.